

## Despido Directo Discriminacion

### JURISPRUDENCIA

### Despido directo. Discriminación

Se confirma la sentencia que

rechazó la demanda laboral por despido directo, por considerar que no se acreditó el trato discriminatorio que alega el demandante.

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 17 días del mes de abril de 2018, reunidos los señores jueces y la actuario de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 8310 provenientes del Juzgado del Trabajo, distrito judicial SUR, en los autos caratulados: "MORALES, LUIS ERNESTO C/ CASINO CLUB S.A. S/DESPIDO" en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 8557/17, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art. 47.2 del CPCC): I.- La jueza Josefa Haydé MARTÍN dijo: I.- El señor Ernesto Luis MORALES, promovió demanda laboral contra la empresa Casino Club S.A., por despido directo y discriminatorio (art. 52 ley 23551) y demás rubros derivados del distracto. Solicitó además la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23551. Desarrollado el proceso en el que las partes expusieron sus razones y ejercieron sus derechos, el primer sentenciante arribó a la solución que en lo substancial resuelve: ?I- RECHAZAR la demanda incoada por el señor Luis Ernesto Morales contra Casino Club S.A., por los motivos expuestos en el considerando. II- COSTAS al actor (art. 78 C.P.C.C.L.R y M. Provincial)...Fdo. GUILLERMO S. PENZA - Juez? (fs. 405vta.). II.- En disconformidad con lo resuelto, a fs. 411/415vta., el doctor Héctor Omar RIVAS, en el carácter de apoderado del actor, interpone recurso de apelación. En primer término, se agravia porque no se ha tratado la cuestión sindical. Luego de citar profusa jurisprudencia y doctrina en materia sindical, señala que no puede analizarse el despido del actor de manera aislada, sin entender que la relación del Sindicato UTCA con la empresa Casino Club S.A., ha sido siempre tensa. El despido del actor se produce en el mismo bimestre en que otro miembro de la Comisión Directiva del Sindicato UTCA fue despedido. Solicita a esos efectos la incorporación del expediente caratulado: "García Nuñez, Alan Joel c/ Casino Club S.A. s/Despido" y analizar las constancias obrantes en la causa "U.T.C.A. C/ Casino Club S.A. s/amparo sindical" incorporada a los fines de acreditar el carácter de miembro de la Comisión Directiva del Sr. Morales, como el testimonio del señor Fernando Grammatico. En segundo término, se agravia por la valoración de los testimonios, porque los señores Maidana y Quinchel eran empleados de la empresa -gerente y encargado del sector- y sus dichos fueron tenidos en cuenta para fundar el despido directo del señor Morales. Señala que el juez no tuvo en cuenta esta circunstancia al momento de dictar sentencia. En tercer término, se agravia porque considera que debió aplicarse el sistema de la carga probatoria dinámica, porque fue la demandada quien estuvo en mejor posición de probar sus dichos. Explica que la firma Casino Club S.A., todo el tiempo hace mención al uso de las cámaras en el establecimiento y el registro fílmico es otra prueba ofrecida por la accionada, pero jamás se tuvo acceso o se mostraron. Además, hicieron mención que había una persona que controlaba las cámaras todo el día, pero esa persona nunca fue citada a declarar. En cuarto lugar, se ofende en cuanto se impusieron las costas al actor, y no aplicó el artículo 640 del digesto ritual, que concede a los trabajadores el beneficio de litigar sin gastos. Afirma que el juez de grado, va en contra del criterio sostenido en otras causas análogas. Por ello corresponde eximir al señor Morales de los gastos causídicos. Cierra su presentación, solicitando la admisión del recurso de apelación interpuesto y en su mérito, la revocación de la sentencia en crisis. III.- Dispuesto el traslado de los agravios -fs. 417-, a fs. 418/420vta., el doctor Gustavo ZÁRATE RECALDE, en el carácter de apoderado de la firma Casino Club S.A., rebate los argumentos expuestos por el apelante. Postula la deserción del recurso. En subsidio contesta agravios. Sostiene el decisorio en crisis. No se hará transcripción de las respuestas brindadas en armonía con el principio de celeridad y economía procesal que consagra el art. 16 de la ley 110, es así que se dan por reproducidos. IV.- Antes de pasar a resolver el conflicto expuesto, corresponde recordar que la competencia de esta Sala se circunscribe a decidir si los agravios esgrimidos logran derrumbar los argumentos que motivan el dictado de la sentencia de fs. 399/405vta. V.- A fs. 15/28, el señor Ernesto Luis MORALES, con el patrocinio letrado del doctor Héctor Omar RIVAS, promovió demanda laboral contra la firma Casino Club S.A., por la suma de \$ 1.536.415 (un millón quinientos treinta y seis mil cuatrocientos quince), comprensiva de indemnización por despido directo en los términos del artículo 47, 52 párrafo cuarto de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 y ccs., y artículo 1 ley 23592, y daño moral por el despido discriminatorio sufrido. A.- Relata que en el año 2010, ingresó a laborar a la empresa Casino Club s.a., en la que se desempeñó hasta el fin de la relación laboral en el Área de Juegos. Tomó conocimiento que en la firma tenían su representación los sindicatos de UTHGRA (Gastronómicos); A.L.E.A.R.A. (juegos de azar) y U.T.C.A. (Unión de Trabajadores de Casinos y Afines). Decidió afiliarse y participar activamente de U.T.C.A. El día 30 de enero de 2015, se le notifica al señor Morales que se lo despedía, por distintas causas, las que son falsas y sin sustento fáctico.

Afirma que no procede su desvinculación de la empresa, sin efectuar el procedimiento judicial de exclusión de tutela. Realiza una extensa consideración sobre la historia del sindicato U.T.C.A., en el cual participaba. Fundamenta la procedencia de indemnización agravada del artículo 52 de la ley 23551. Efectúa liquidación. Peticiona indemnización por despido discriminatorio y daño moral. Ofrece pruebas. Peticiona la admisión de la acción entablada. B.- A fs. 113/127vta., comparece el doctor Gustavo M. ZÁRATE RECALDE, en el carácter de apoderado de la firma CASINO CLUB S.A. y contesta demanda. Por imperativo procesal efectúa la negativa genérica y luego pormenorizada de todos y cada uno de los hechos alegados por el accionante. Reconoce los recibos de sueldos presentados y el intercambio epistolar, pero desconoce el resto de la documental adunada. Relata que el señor Morales, fue desvinculado de la empresa de su mandante, debido al comportamiento inapropiado que siempre mantuvo. En efecto, el actor ha sido sancionado en numerosas ocasiones y estos antecedentes fueron considerados especialmente a la hora de definir el distracto. Advierte que el despido resulta proporcional y razonable con la falta cometida. En cuanto al motivo que el señor Morales considera fue el causante de la desanudación, es falso, puesto que ninguna relación tiene con la supuesta actividad sindical que desarrollaba. Niega todo trato discriminatorio. Impugna liquidación. Rechaza todo daño moral. Ofrece pruebas. Funda en derecho. Cierra su presentación solicitando el rechazo de la acción entablada. VI.- Hemos sostenido reiteradamente que en el recurso de apelación, ¿la ley procesal requiere que a los fines de mantener el debate en un plano intelectual, la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo que importa seleccionar del discurso del juzgador aquel argumento que constituye estrictamente la base lógica de la decisión. Por ello, si el apelante no desenvuelve sus agravios de tal modo resulta vencido, ya que la labor de la Alzada consiste en confrontar los argumentos del ¿a quo? con aquellos que aduce el recurrente, por lo que tal falencia deja a esta Cámara desprovista del material necesario para el desarrollo de su labor. Se requiere un ataque concreto, directo y pertinente contra la decisión impugnada, haciéndose cargo y rebatiendo esos argumentos que han sido fundamentales para el sentenciante, es así que resultan insuficientes las censuras que puedan expresarse mediante expresiones genéricas, imprecisas o generalizadoras. Esta pieza procesal ¿debe consistir en una crítica razonada meditada, concreta, precisa del decisorio que causa los agravios?, así es que ¿si en la motivación de la sentencia tiene que hacerse un estudio de todo el proceso, la fundamentación del recurso debe llevar a cabo también un balance crítico de la providencia que intenta destruir. Por ende si se le exige a los jueces que se esmeren para apuntocar sus fallos, también debe pedírsele a los justiciables y sobre todo a sus letrados -que paralelamente se esfuercen para sostener sus embates? (Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, Juan Carlos Hitters, págs. 419 y 420, Librería Editora Platense, La Plata, 1994)(1). Esta Sala ha sostenido en varias ocasiones, que no basta la sola interposición del escrito que manifiesta oposición a lo resuelto por el juez de la primera instancia. En los términos del artículo 275.1 del CPCC "el escrito de apelación ...se interpondrá por escrito fundado". Si observamos el memorial recursivo, el mismo resulta extenso, pero aborda cuestiones que poco se relacionan con la resolución del magistrado de la instancia anterior. No obstante ello, dado el criterio amplio que siempre ha sostenido esta Sala, ingresaremos a su examen. VII.- 1.- En cuanto al primer agravio, reitera toda la cuestión relativa a la historia del Sindicato -en el cual afirmó que participaba-, pero lo cierto es que no logra controvertir con eficiencia la causa del despido dispuesto por la accionada. El sentenciante de grado, efectuó el análisis completo de las pretensiones del señor Morales a la luz de dos normas: en primer término, la ley 23551 y luego de la Ley de Contrato de Trabajo -20744-. - En lo que respecta al sindicato: ¿Si bien UTCA solicitó la inscripción gremial referida, lo cierto es que la misma no fue otorgada, en atención a que se encuentra pendiente su inscripción a tenor de los requisitos exigidos por la ley 23551 (Cfrme. Respuesta Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación obrante a fs. 316/326)? - En lo referente a la participación del señor Morales: ¿Sin perjuicio de lo expuesto, se resalta que la comunicación que habría efectuado el gremio UTCA, notificando su nueva comisión -en la cual se nombra al actor- (ver fs. 13), fue negada expresamente por la accionada, tanto el acto de elección como la comunicación misma (ver fs. 113vta., contestación de demanda). En relación a lo señalado la parte actora no pudo acreditar con la prueba rendida en autos la notificación de la misiva en cuestión, asimismo omitió producir prueba tendiente a acreditar tal circunstancia, para lo cual hubiera sido suficiente solicitar un oficio dirigido al correo oficial? (fs. 400/vta.). 2.- En lo que respecta al análisis bajo la óptica de la Ley de Contrato de Trabajo, concluyó el aquo que la gravedad de la falta imputada al actor, justifica el despido directo dispuesto por la accionada. - ¿En el caso, la accionada acreditó que el actor fue merecedor de numerosas sanciones a lo largo de la relación laboral (cuatro años y dos meses) especialmente en el último año de relación laboral el trabajador fue merecedor de cinco sanciones, consistentes en suspensiones que variaron entre 1, 2 o 3 días (ver fs. 72 a 79) todas ellas por incumplimiento de los deberes y obligaciones dispuestos en los arts. 37.1.1, 37.1.2 y 37.2.4 del CCT 921/07?E?. [...] La falta inductoria del distracto (21/05/2015) aisladamente considerada no sería suficiente para autorizar el despido, empero quedó legitimada tal consecuencia al representar el último elemento de una serie de incumplimientos que constituyen manifestaciones de un comportamiento inadecuado del trabajador? (fs. 405). En este estado, los argumentos presentados por el apelante, carecen de fuerza para dar por tierra el análisis del juez de grado. En ese contexto la incorporación de los expedientes

propuestos por el actor deviene inconducente. Por ello, el agravio será rechazado. VIII.- Como segundo motivo de queja, hizo notar el apelante que el magistrado de la instancia anterior, valoró los testimonios de los señores Maidana y Quinchel, dándoles credibilidad, sin tener en cuenta que los mismos eran empleados de la demandada. Si observamos el acta de audiencias del día 15 de octubre de 2015 -fs. 165/167-, en la cual depusieron los testigos Maidana, Quinchel y Fuentes, el letrado del actor se hallaba presente y nada cuestionó respecto de las testimoniales rendidas, de la idoneidad de los declarantes o antecedentes que afectaban la neutralidad de sus dichos. El artículo 394.1 del digesto ritual, señala que "las circunstancias que afectan la credibilidad e imparcialidad de los testigos, serán acreditadas por las partes por cualquier medio idóneo en la etapa de producción de la prueba y serán apreciadas por el Tribunal en la sentencia...". En tal sentido, resulta extemporáneo el planteo subyacente de inidoneidad de los deponentes -para acreditar la hipótesis defensiva de la firma Casino Club S.A.- que deja traslucir en su memorial impugnativo el actor, puesto que si en el momento oportuno no ejerció su derecho, precluyó para él toda posibilidad de hacerlo en esta instancia. Coincidentemente con lo expuesto, han dicho otros tribunales que "... conforme lo señala Morello (C.P.C.C.N. de la Pcia. De Buenos Aires, anotado y comentado, Tomo 5, pág. 520), no debe confundirse la impugnación de la idoneidad dirigida contra la persona del testigo, con la llamada "tacha del dicho". La impugnación de la idoneidad es la única que puede ser objeto de alegación y prueba (art. 90 L.O.) pero la impugnación a los dichos del mismo, como es el caso de autos, pierde virtualidad, si la parte que la formula estuvo presente en la audiencia en la que declararon los testigos, de modo de tener la posibilidad de formular todas las repreguntas que se estimen conveniente, de manera de evidenciar, en qué medida el testigo pudo ser mendaz. (conf. esta Sala, entre otros SD 89421 del 8/6/01 in re "López, Pedro c/Pérez Redrado, Hernán Martín y otros/despido") (2) (el subrayado ha sido agregado). Entonces, cabe recordar que: "la posible improcedencia de un testimonio debe plantearse y ventilarse en primera instancia y no ya, tardíamente en la alzada" (3). En este sendero, el motivo de queja no tendrá acogida favorable. IX.- En tercer término, afirma el recurrente que la demandada, hallándose en mejores condiciones de probar la causa del despido, no lo hizo. El punto en cuestión se vincula con la falta de presentación de los registros fílmicos que darían cuenta de su comportamiento impropio en el lugar de trabajo y además la omisión de proponer como testigo y citar a la persona que se ocupaba de la vigilancia de las cámaras las 24 horas. Ahora bien, debemos centrarnos en el caso, en el objeto del proceso: - El accionante invocó un despido discriminatorio (ley 23592) en razón en su actividad sindical en la Unión de Trabajadores de Casino y Afines (U.T.C.A.). - La demandada, para repeler la imputación, fundó su tesis defensiva en un despido causado por el comportamiento impropio -con sanciones firmes anteriores- del trabajador. Nuestros Tribunales han dicho: "Si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna causa, el onus probandi pesa sobre el empleador. Desde tal perspectiva, dicha carga probatoria no implica desconocer el principio contenido en el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [375 de nuestro digesto ritual], ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la esta ley, deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho o, en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que se funda la denuncia, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y, a su vez, excluyente. Ello encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos" (4). Conforme lo expuso el sentenciante de grado: el sindicato cuya existencia y funcionamiento alega el actor no se encuentra inscripto y por otra parte, el señor Morales no pudo acreditar su actividad sindical (ver apartado VII.1). En lo que respecta a la inversión de la prueba, a su tiempo, Casino Club S.A., acreditó acabadamente que el despido dispuesto no fue a causa de un hecho aislado, sino la conclusión de una serie de incumplimientos anteriores del trabajador que fueron sancionados de acuerdo a la ley y que no fueron cuestionados por el señor Morales, excluyendo de esta forma la hipótesis del despido discriminatorio formulada por el actor (apartado VII.2). En lo que respecta al material fílmico, toda discusión al respecto es improcedente, puesto que a fs. 139/vta., el actor solicitó que se aplicara el apercibimiento dispuesto en la audiencia del día 14 de agosto de 2015 y ante la falta de presentación de las filmaciones, se tuviera por desistida la prueba, petición que fue admitida por el juez de grado, como surge del auto obrante a fs. 146. Dicho lo anterior, los argumentos delineados por el apelante, no serán atendidos. X.- Por último, también agravio al actor, la imposición de las costas. Recordamos que "las costas como regla general deben imponerse al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del Tribunal por su conducta, su acción u omisión, debe soportar el pago de los gastos que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho. Tienden a reparar el patrimonio de quien ha tenido que iniciar una acción judicial para obtener el reconocimiento de un derecho. Por consiguiente, la condena en costas debe hacerse objetivamente; atendiendo principalmente al derecho que tiene el vencedor del pleito para ser resarcido en sus gastos judiciales" (5). Si bien el artículo 640 del digesto ritual prevé la posibilidad de que trabajador goce del beneficio de litigar sin gastos, ello no

implica indefectiblemente la liberación del dependiente de responder al final del pleito. El accionante esgrime en su defensa que ¿han sido sobrados los motivos que impulsaron la demanda? y que por ello debe ser eximido de los gastos causídicos. Citó jurisprudencia del tribunal de grado y de esta Sala Civil, que conforme el thema decidendum no resultan aplicables en el caso. Cabe recordar que la facultad de distribuir las costas es privativa del sentenciante, quien considera las particularidades del caso y de acuerdo a ello, puede eximir total o parcialmente al vencido. En estos autos, del curso del proceso, surge claramente que el accionante no logró demostrar la razón de sus dichos, y es posible inferir que tenía conocimiento de que su inconducta reiterada fue la causal del distracto. Por lo expuesto, no hallamos razones para apartarnos de lo dispuesto por juez de grado en materia de costas. XI.- En el desarrollo del análisis nos hemos abocado al tratamiento de las quejas, resaltando que sólo nos detuvimos en los argumentos y pruebas que estimamos conducentes para resolver el presente conflicto (con. Corte Suprema de Justicia de la Nación 258:304; 278:271; 291:390; 308:584, entre otros). Como corolario del razonamiento que hemos desarrollado, proponemos al acuerdo, rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Ernesto MORALES y en su mérito confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio. Las costas en esta instancia se impondrán al apelante vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota (art. 78.1 CPCC). Los honorarios profesionales de los letrados intervinientes serán establecidos en el ...% al doctor Héctor Omar RIVAS -por el actor-, y en el ...% al doctor Gustavo ZÁRATE RECALDE, calculados sobre los que han sido regulados por su actuación en la instancia de grado (art. 14 ley 21839). 2°.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo: Adhiero a los fundamentos y solución propuesta por el vocal ponente, votando en los mismos términos. En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría SENTENCIA 1°.- RECHAZANDO el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Ernesto MORALES a fs. 411/415vta. y en su mérito confirmar la sentencia de grado de fs. 399/405vta., en lo que ha sido materia de agravio. 2°.- IMPONIENDO las costas al vencido (art. 78.1 CPCC). 3°.- REGULANDO los honorarios profesionales en el ...% al doctor Héctor Omar RIVAS -por el actor-, y en el ... % al doctor Gustavo ZÁRATE RECALDE -por la demandada-, calculados sobre los que han sido regulados por su actuación en la instancia de grado (art. 14 ley 21839). 4°.- MANDANDO se copie, registre, notifique y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. El juez Francisco Justo de la TORRE no suscribe por hallarse en uso de licencia. Fdo. jueces de Cámara: Josefa Haydé MARTIN y Ernesto Adrián LÖFFLER.

Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara Reg. T° III del libro de Sentencias Definitivas, F° 427/433, año 2018.

Notas: (1:) Cámara civil, comercial, laboral y minería de Trelew - Chubut - Sala civil - S.,J.P. c/ M., T.E. s/ Reintegro al Hogar de las menores - sentencia del 1 de diciembre de 2000 - SAIJ : Q 0010781 citado en VARGAS Fernando Ninfa c/ Del Toro, Angela Susana y otra s/despido - Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego - Sala Civil, Comercial - Laboral - Expte. 6099/12 - Sentencia del 07/08/2012. (2:) Tribunal:Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala I "Tacla, Linda G. c/D'urbano SRL y Otro" Fecha:07-02-2013 Cita:IJ-LXVIII-84. (3:) Capel. CC Rosario, Sala I, diciembre 28-977. - Grúas Transportes, S.R.L. c. Celusosa Argentina, S.A.- J 57-155. (4:) CNTRAB., "MESIANO, Carina Laura c/ MEGA LIGTH S.A. y Otro s/Despido" - Sala II - 30/09/2009. (5:) Cra. De Apelaciones en lo Civ, Comercial y Minería, San Juan - Sala 3 - "Laplagne Alfredo Severo c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia s/ Ordinario" - Sentencia 8594 del 17/10/2007. 029284E